ANNALES
UNIVERSITATIS MARIAE CURIE-SKŁODOWSKA
LUBLIN — POLONIA
VOL. XXVII, 11 SECTIO G 1980

Instytut Prawa Karnego UMCS
Zakład Postępowania Karnego i Kryminalistyki

Adam TARACHA

O istocie i zakresie pojęcia „czynności niepowtarzalne" w polskim procesie karnym

О сущности и объёме понятия „неповторимые действия" в польском уголовном процессе

On the Essence and Range of "Unrepeatable Evidential Acts" in the Polish Criminal Procedure

Wyrazem zwiększenia kontradyktoryjności postępowania przygotowawczego w kodeksie postępowania karnego z r. 1969 jest między innymi przepis art. 272. Przesłanką w zasadzie obligatoryjnego dopuszczenia stron do udziału w czynnościach postępowania przygotowawczego jest niemożność powtórzenia tych czynności na rozprawie. Kodeks postępowania karnego nie wymienia wprost czynności, które należałoby uznać za niepowtarzalne. W art. 272 mówi jedynie ogólnie o czynnościach śledczych lub dochodźczych, których nie będzie można powtórzyć na rozprawie.

Zakres „czynności niepowtarzalnych" zależeć będzie nie tylko od interpretacji pojęcia „niepowtarzalność", ale także od interpretacji wyrażenia „powtórzyć na rozprawie", ponieważ jest to jedyny punkt odniesienia, jaki przyjął ustawodawca w przypadku antycypowania niepowtarzalności.

POJĘCIE CZYNNOŚCI ŚLEDCZEJ LUB DOCHODŹCZEJ

Pojęciem „czynność śledcza" posłużył się ustawodawca w art. 264 § 2 pkt 2 k.p.k. Określenie to obejmuje zarówno czynności dowodowe, jak też wymienione w art. 264 § 3 k.p.k. czynności organów procesowych (art. 269 § 1, 270 i 277 § 1 k.p.k. oraz wymagające wydania postanowienia). Termin „czynność śledcza" występuje więc w węższym (oznaczającym czynność dowodową) i szerszym (pozostałe wymienione wyżej czyn-

ności procesowe) znaczeniu. Konieczne więc staje się rozstrzygnięcie kwestii, w jakim znaczeniu termin ten jest użyty w art. 272 k.p.k.

Na gruncie dawnego k.p.k. sytuacja nie była tak skomplikowana. Termin „czynność śledcza", występujący w art. 240, 242 § 1 i 2 oraz art. 245 § 2 oznaczał takie czynności procesowe, które zmierzały do wykrycia, uzyskania, sprawdzenia lub zabezpieczenia dowodów.[1] Termin ten zakresem swym obejmował więc tylko czynności dowodowe przeprowadzane w ramach śledztwa.

S. Waltoś [2] stoi na stanowisku, że jedynie czynności dowodowe wypełniają dyspozycję art. 272 k.p.k. To słuszne stanowisko uzasadnia między innymi w ten sposób, że czynności takie, jak przedstawienie zarzutów, wydanie i ogłoszenie nowego postanowienia o przedstawieniu zarzutów, zaznajomienie z materiałami zakończonego śledztwa, są niejako, co prawda w innej formie, powtarzane w postępowaniu jurysdykcyjnym. Pogląd ten szczegółowo przez S. Waltosia uzasadniony zasługuje na pełną aprobatę, lecz przedstawiony wyżej argument chyba nie jest decydujący w tym kontekście. Jeżeli dany rodzaj czynności procesowej nie mieści się w pojęciu „czynność śledcza lub dochodźcza", odpada obowiązek badania, czy czynności tej nie da się przeprowadzić ponownie na rozprawie. Pojęcie „czynność śledcza lub dochodźcza", występujące w dyspozycji przepisu art. 272 k.p.k., dotyczy tylko czynności procesowych o charakterze dowodowym. Za taką interpretacją przemawia geneza tego przepisu. Artykuł 272 k.p.k. miał rozszerzyć kontradyktoryjność postępowania przygotowawczego poprzez zapewnienie stronom kontroli nad sposobem przeprowadzania czynności dowodowych, które bez powtórzenia na rozprawie głównej mogą stanowić podstawę wyroku. Jest on częściowo odpowiednikiem istniejącej w d. k.p.k. instytucji „czynności śledczych w trakcie dochodzenia" (art. 251 pkt b, c, art. 252, 253).[3] Dopuszczenie stron do udziału w tych czynnościach postępowania przygotowawczego, których powtórzenie na rozprawie jest w znacznym stopniu wątpliwe, to kryterium spotykane także w niektórych innych ustawodawstwach.[4] We wszystkich tych wypadkach chodzi właśnie o niepowtarzalne czynności dowodowe.

---

[1] Por. d. k.p.k. po noweli z 18 VI 1959 r.

[2] S. Waltoś: *Istota i zakres uprawnień podejrzanego i pokrzywdzonego oraz ich zastępców w niepowtarzalnych czynnościach śledczych i dochodźczych*, „Palestra" 1969, nr 9, s. 16.

[3] Por. d. k.p.k. w redakcji z 19 III 1928 r.

[4] Na przykład k.p.k. RFN w § 193 ust. 1 dopuszcza prokuratora, obwinionego i jego obrońcę do udziału w oględzinach. Ten sam przepis w ust. 2 dopuszcza wymienione wyżej osoby do obecności przy przesłuchaniu świadka lub biegłego, których stawiennictwu na rozprawie głównej przez czas dłuższy lub nieokreślony stoją na przeszkodzie choroba lub ułomność, lub inne nie dające się usunąć przeszkody. Podobnie k.p.k. Jugosławii w art. 168.

Takie też czynności miały być prawdopodobnie w intencji ustawodawcy objęte rygorami art. 272 k.p.k. Dodatkowym argumentem za przyjęciem takiej interpretacji będzie fakt odrębnego uregulowania przez ustawodawcę w art. 277 § 1 k.p.k. kręgu podmiotów uprawnionych do wzięcia udziału w końcowym zaznajomieniu z materiałami śledztwa lub dochodzenia, a postulowanie dopuszczenia pokrzywdzonego do udziału wydaje się zbyteczne.[5] Badanie w postępowaniu przygotowawczym „niepowtarzalności” czynności procesowych, nie będących czynnościami dowodowymi, wykracza więc poza obowiązki nałożone na organ procesowy przez normę zawartą w przepisie art. 272 k.p.k., ponieważ wyrażenie „czynność śledcza lub dochodźcza” powinno być interpretowane jako „dowodowa czynność śledcza lub dochodźcza”, a brak takiego sformułowania należy tłumaczyć jako dopuszczalny skrót redakcyjny zastosowany przez ustawodawcę w sytuacji, gdy określenie funkcji normy było od początku bezsporne.

Czynności dowodowe, według M. Cieślaka, to pewien gatunek czynności procesowych, które składają się na postępowanie dowodowe. Szczególnie ważną grupę wśród nich stanowią czynności dowodowe organów procesowych.[6] Pod pojęcie to podciągnąć należy każde działanie zmierzające do ujawnienia, utrwalenia i oceny dowodu. Ograniczenie tego pojęcia jedynie do czynności związanych z badaniem źródeł dowodowych (jak to ma miejsce zazwyczaj na rozprawie), a wykluczenie czynności związanych z ujawnianiem tych źródeł (czynności wykrywcze) doprowadziłoby do zniwelowania roli art. 272 k.p.k. Większość czynności dowodowych, odpowiadających dyspozycji art. 272 k.p.k., będzie polegała bądź na ujawnieniu źródła dowodowego (oględziny miejsca zdarzenia, przeszukanie), bądź na uzyskaniu ze źródła dowodowego środka dowodowego (eksperyment procesowy, niepowtarzalne formy przesłuchania, ekspertyza w większości wypadków).

„Czynność śledcza lub dochodźcza” oznacza czynności dowodowe przeprowadzane w postępowaniu przygotowawczym w trybie publiczno-skargowym, zarówno w fazie *in rem*, jak też w fazie *in personam*. Natomiast wszelkie czynności dokonywane w trybie przedprocesowym (czynności sprawdzające jak też czynności operacyjne), mimo że faktycz-

---

[5] Dopuszczenie pokrzywdzonego do udziału w tej czynności postulowali między innymi: T. Majewski: *Uprawnienia procesowe pokrzywdzonego w procesie karnym*, „Państwo i Prawo”, 1968, nr 11, s. 772; M. Cieślak, Z. Doda: *Węzłowe zagadnienia postępowania karnego (ocena realizacji kodyfikacji z 1969 r.)*, Zeszyty Naukowe Instytutu Badania Prawa Sądowego nr 9, Warszawa 1978, s. 152. W. Posnow: *Niektóre aspekty uprawnień pokrzywdzonego (osoby fizycznej) w postępowaniu przygotowawczym*, „Nowe Prawo” 1971, nr 1, ss. 62—63.

[6] M. Cieślak: *Zagadnienia dowodowe w procesie karnym*, Warszawa 1955, s. 41.

nie mogą nie być możliwe do powtórzenia w terminie późniejszym, nie będą mogły być traktowane jako czynności niepowtarzalne w rozumieniu art. 272 k.p.k. Jest tak, ponieważ przepis ten wyraźnie ogranicza uprawnienia stron jedynie do czynności procesowych, a ponadto czynności operacyjne lub sprawdzające nie są przecież „powtarzane" na rozprawie, co jest jednym z wymogów uznania czynności za niepowtarzalną procesowo.

Status czynności niepowtarzalnych będą posiadały także wszystkie czynności dowodowe dokonywane w trakcie dochodzenia w niezbędnym zakresie (art. 267 § 1 k.p.k.).

Artykuł 267 k.p.k. pozwala na dokonanie czynności dochodźczych lub śledczych w sytuacji, gdy formalne wszczęcie postępowania powodowałoby zwłokę, w wyniku której zaistniałoby niebezpieczeństwo utraty dowodów przestępstwa. Niebezpieczeństwo to polega na prawdopodobieństwie niemożności przeprowadzenia pewnych dowodów w czasie późniejszym na skutek zanikania śladów przestępstwa. Podstawą przeprowadzenia dochodzenia w niezbędnym zakresie jest więc probabilistyczna niemożność wykonania tych czynności w późniejszym terminie, nawet w trakcie postępowania przygotowawczego. Co do czasu jest to kryterium węższe niż przyjęte w art. 272 k.p.k., który mówi o niemożności powtórnego przeprowadzenia czynności na rozprawie. Skoro w myśl art. 267 k.p.k. czynności nie będzie można przeprowadzić w okresie późniejszym w postępowaniu przygotowawczym, oczywiste jest, że nie będzie jej można przeprowadzić także na rozprawie.

Czynności dowodowe przeprowadzane w postępowaniu przygotowawczym, prowadzonym w wyniku objęcia przez prokuratora (art. 50 k.p.k.) sprawy z oskarżenia prywatnego, będą także mieściły się w pojęciu „czynność śledcza lub dochodźcza".

Pojęcie „czynność śledcza lub dochodźcza" obejmuje swoim zasięgiem także czynności dowodowe dokonywane w sprawach prywatno-skargowych przez Milicję Obywatelską w trybie art. 435 § 1 i 2 k.p.k. Co prawda przepis ten dotyczy postępowania w sprawach z oskarżenia prywatnego, gdzie postępowanie przygotowawcze albo w ogóle nie występuje, albo też pełni mniej ważną rolę niż w trybie publiczno-skargowym, nic nie stoi jednak na przeszkodzie w stosowaniu art. 272 k.p.k. *per analogiam* także w tym postępowaniu.

Postępowanie przygotowawcze w sprawach prywatno-skargowych prowadzone przez MO w trybie art. 435 k.p.k. może przybrać dwie formy:

a) zabezpieczania dowodów przy przyjęciu skargi przez Milicję Obywatelską (art. 435 § 1 k.p.k.);

b) przeprowadzania dochodzenia albo niektórych czynności dochodźczych na polecenie sądu (art. 435 § 2 k.p.k.).

Ad a) Zabezpieczenie dowodów przy przyjmowaniu przez Milicję Obywatelską skargi prywatnej najczęściej sprowadzać się będzie do ustalenia źródeł dowodowych pozwalających na ich późniejsze wykorzystanie w postępowaniu przed sądem. S. Waltoś [7] słusznie zauważa, że w trakcie zabezpieczania dowodów Milicja nie ma prawa przesłuchiwania świadków czy żądania opinii od biegłych. Wyjątkowo może utrwalać treść środka dowodowego na wypadek, gdyby w czasie rozprawy sądowej nie można go było uzyskać w ogóle lub w takiej samej postaci. S. Waltoś jako przykład takiej czynności podaje przesłuchanie w formie protokolarnej świadka wyjeżdżającego na dłuższy czas za granicę. W tym znaczeniu więc będą to z reguły czynności niepowtarzalne.

Ad b) Dochodzenie lub określone czynności przeprowadza Milicja Obywatelska w trybie art. 435 § 2 k.p.k. w granicach zleconych przez sąd. Fakt, że dochodzenie to powinno odbywać się zgodnie z wszystkimi wymaganiami formalnymi przewidzianymi w przepisach o dochodzeniu uproszczonym (art. 432 k.p.k.) [8], jednocześnie rozstrzyga o tym, iż przepis art. 272 k.p.k. winien być stosowany w tym postępowaniu. Różnica polega tylko na sposobie zakończenia tego postępowania. Milicja nie kończy tego postępowania żadną decyzją procesową, a po sporządzeniu sprawozdania przesyła całość materiałów sądowi.

Należy zgodzić się z poglądem S. Waltosia [9], że słuszny postulat A. Murzynowskiego [10], by stwarzać pokrzywdzonemu w tych sprawach znacznie większe szanse uczestnictwa niż w dochodzeniu prowadzonym w sprawie o przestępstwo ścigane z urzędu (nie utrudniony dostęp do akt sprawy, możliwość uczestnictwa w czynnościach dowodowych, w czynnościach związanych z zakończeniem dochodzenia, wnikliwe rozpatrywanie jego wniosków dowodowych) w znacznym stopniu jest na gruncie kodeksu postępowania karnego z r. 1969 realizowany poprzez przepisy zwiększające kontradyktoryjność postępowania przygotowawczego (art. 271, 272, 273).

Kwestia, czy uprawnienia nadane przez przepis art. 272 k.p.k. podejrzanemu przysługują także oskarżonemu w toczącym się postępowaniu przygotowawczym w sprawie prywatno-skargowej, powinna być rozstrzygnięta pozytywnie. Skoro przyjmujemy, że uprawnienia z tego przepisu odnoszą się do pokrzywdzonego realizującego funkcję oskarżyciela prywatnego, zasada równości broni przemawia za nadaniem ich także oskarżonemu.

---

[7] S. Waltoś: *Postępowania szczególne w procesie karnym (postępowania kodeksowe)*, Warszawa 1973, s. 222.

[8] Akcentuje to Waltoś: *ibid.*, s. 223.

[9] *Loc. cit.*

[10] A. Murzynowski: *Dochodzenie w sprawach o przestępstwa prywatno-skargowe w świetle przepisów k.p.k.*, „Nowe Prawo" 1961, nr 4, s. 469.

Pominięcie przepisu art. 272 k.p.k. w postępowaniu przygotowawczym w sprawach prywatno-skargowych pozbawiałoby oskarżyciela i oskarżonego tych uprawnień, które w postępowaniu publiczno-skargowym mają podejrzany i pokrzywdzony. Pamiętać należy, że dochodzenie prowadzone w trybie art. 435 § 2 k.p.k. zaciąży na rozstrzygnięciu postępowania sądowego. Jeżeli dochodzenie nie potwierdzi zarzutów aktu oskarżenia, sąd będzie mógł umorzyć postępowanie sądowe na posiedzeniu w trybie art. 299 § 1 pkt 4 k.p.k.[11] Jeżeli natomiast zarzuty zostaną potwierdzone, oskarżyciel uzyskuje ewidentną przewagę nad oskarżonym. Wyłączenie kontradyktoryjności postępowania przygotowawczego sprowadzi w pierwszym przypadku rolę oskarżyciela prywatnego do minimum (rozstrzygnięcie postępowania zapadnie bez jego udziału w procesie), w drugim natomiast ograniczy w sposób istotny prawo oskarżonego do obrony.

Za „czynność śledczą lub dochodźczą" w rozumieniu art. 272 k.p.k. uznać należy więc każdą czynność dowodową przeprowadzaną w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym w trybie publiczno-skargowym oraz w trybie art. 435 § 1 i 2 k.p.k. przez organ uprawniony do prowadzenia tego postępowania lub na zlecenie tego organu.

„NIEPOWTARZALNOŚĆ" CZYNNOŚCI

Ustalenie zamkniętego katalogu czynności niepowtarzalnych jest zadaniem niewykonalnym. O tym, czy dana czynność jest, czy też nie jest możliwa do powtórzenia na rozprawie rozstrzygać zawsze będą okoliczności konkretnej sprawy. Czynności, które zazwyczaj są powtarzane na rozprawie (np. przesłuchanie) przy zaistnieniu konkretnych zdarzeń mogą stać się czynnościami niepowtarzalnymi. Podobnie czynności, które *in abstracto* powinny być zaliczone do czynności niepowtarzalnych, w konkretnej sprawie mogą nie posiadać przymiotów tej czynności.

Wyznaczenie jednak kryteriów, które będą pomocne przy odpowiedzi na pytanie, czy dany rodzaj czynności może być zaliczony w poczet czynności niepowtarzalnych, wydaje się niezbędne. Prowadzący postępowanie przygotowawcze powinien wiedzieć, przy przeprowadzaniu jakich czynności musi szczególnie starannie rozważyć, czy ma do czynienia z czynnością niepowtarzalną w rozumieniu art. 272 k.p.k., to znaczy, jakie czynności *in abstracto* na ogół są czynnościami niepowtarzalnymi. Niezależnie od tego konieczne jest badanie, czy dana czynność w konkretnej sytuacji powinna być uznana za niepowtarzalną.

Wszelkie działania ludzkie noszą cechę indywidualności, a więc z góry

[11] W a l t o ś: *Postępowania szczególne...*, s. 224 i cytowany tam odmienny pogląd A. Murzynowskiego.

niejako założoną niemożność ich powtórzenia. „Nie można dwa razy wejść do tej samej rzeki" — ta filozoficzna paremia podkreśla, że upływ czasu uniemożliwia człowiekowi powtórzenie rzeczy minionych. Nawet wyroby przemysłowe, choć bezpośredni wpływ działania człowieka na ich ostateczny kształt jest często minimalny, posiadają indywidualne piętno, pozwalające odróżnić je od innych takich samych przedmiotów.

W pewnych wypadkach identyczność czynności wykonanych w różnych okresach czasu wskazywać będzie na to, że nie są to czynności wykonane przez tę samą osobę. Na przykład istnienie dwóch identycznych podpisów stanowi dowód na to, że jeden z nich został podrobiony, ponieważ żadna osoba nie potrafi podpisać się dwukrotnie w taki sam sposób.

Wyrażenie „nie można powtórzyć" użyte w art. 272 k.p.k. nie odnosi się, oczywiście, do możliwości powtórzenia czynności w identyczny sposób, ponieważ przy takim ujęciu za czynności niepowtarzalne należałoby uznać wszystkie czynności przeprowadzane w postępowaniu przygotowawczym.

Chodzi raczej o niemożność przeprowadzenia przed sądem czynności, która byłaby porównywalna z czynnością postępowania przygotowawczego, co uniemożliwiałoby spełnienie funkcji kontrolnej sądu.

W języku potocznym niemożność powtórzenia czegokolwiek oznacza, że danej czynności lub rzeczy nie można wykonać po raz wtóry w ogóle. Z pewnością takie ujęcie mieścić się będzie w ramach czynności niepowtarzalnej w rozumieniu art. 272 k.p.k. Nie będzie to jednak jedyny wyznacznik, pozwalający zaliczyć dowodową czynność śledczą lub dochodźczą do czynności niepowtarzalnych. Fakt niemożności faktycznego powtórzenia czynności będzie najostrzejszym kryterium przy ocenie czynności uznanych za niepowtarzalne w rozumieniu art. 272 k.p.k.

Do czynności tych zaliczyć należy te wszystkie, które bazują na osobowych czy rzeczowych źródłach dowodowych, a źródła te według wszelkiego prawdopodobieństwa, nie będą już istnieć w czasie rozprawy głównej. Przyczynami zaniku tych źródeł będą między innymi śmierć świadka, zniszczenie w czasie badań dowodu rzeczowego itp. Zaliczenie tych czynności w poczet czynności niepowtarzalnych w rozumieniu art. 272 k.p.k. nie budzi w piśmiennictwie żadnych wątpliwości [12], a przesłuchanie *in articulo mortis* jest akademickim przykładem czynności niepowtarzalnej. S. Waltoś określa takie czynności jako nie dające się w ogóle powtórzyć na rozprawie.[13]

---

[12] Por. między innymi Waltoś: *Istota i zakres uprawnień...*, s 10; T. Taras: *Krok naprzód w kierunku kontradyktoryjności postępowania przygotowawczego w projekcie k.p.k.*, „Palestra", 1969, nr 3, s. 7; J. Gurgul: *Kontradyktoryjność postępowania przygotowawczego*, „Palestra", 1974, nr 1, s. 11.

[13] Waltoś: *Istota i zakres uprawnień...*, s. 10.

Bardzo często ustawodawca używa określeń, które w kontekście prawnym odbiegają w sposób istotny od znaczenia potocznego. Każde określenie ustawowe może posiadać zakres różny (szerszy lub węższy) od tego samego określenia funkcjonującego w języku potocznym i w takim wypadku mamy do czynienia z pojęciem normatywnym.[14] Najczęściej pojęcia normatywne posiadają zakres węższy od odpowiadających im pojęć potocznych.[15]

Wydaje się, że poprzestanie na kryterium faktycznej niemożności powtórzenia czynności na rozprawie zbytnio zawężałoby zakres pojęcia czynności niepowtarzalnej. Nie należy zapominać, że status czynności niepowtarzalnej jest wyrazem określonych założeń normatywnych (chodzi o zapewnienie udziału stron w tej czynności), wobec czego przy ocenie zakresu pojęcia „czynności niepowtarzalnej" nie można poprzestać na ocenie, czy dana czynność da się faktycznie przeprowadzić na rozprawie. Trzeba także między innymi badać, czy w świetle obowiązujących przepisów i ukształtowanej praktyki czynność ta jest rzeczywiście powtarzana na rozprawie. Stwierdzenie, że czynność jest faktycznie możliwa do powtórzenia (nawet wielokrotnego) nie oznacza jeszcze, że nie jest to czynność niepowtarzalna w rozumieniu k.p.k. Gdyby bowiem istniały ograniczenia ustawowe nie pozwalające na powtórne wykonanie danej czynności na rozprawie (np. ewentualny zakaz dwukrotnej ekshumacji), wówczas czynność ta staje się czynnością niepowtarzalną w sensie prawnoprocesowym, choćby faktycznie dała się ponownie przeprowadzić.

Brak w k.p.k. zakazów dowodowych, które nadawałyby niektórym czynnościom walor niepowtarzalności, nie uzasadnia jeszcze poglądu, że nie mogą zaistnieć takie sytuacje procesowe, gdy inne przepisy k.p.k., poza art. 272, będą rzutować na zakres pojęcia czynności niepowtarzalnej.

O tym, czy daną czynność należy uznać za niepowtarzalną i dopuścić do niej strony zgodnie z art. 272 k.p.k., decyduje organ prowadzący postępowanie przygotowawcze. O tym, czy czynności nie będzie można powtórzyć na rozprawie, zadecydują warunki w chwili podjęcia decyzji o przeprowadzeniu czynności, będzie to więc niejako ocena *ex ante*.[16]

---

[14] B. Wróblewski: *Język prawny i prawniczy*, Kraków 1948, s. 75 i n.; K. Opałek, J. Wróblewski: *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 246.

[15] Na gruncie prawa karnego funkcjonuje szereg takich pojęć, np. nie każde zdarzenie określane w języku potocznym jako zabójstwo będzie nim w rozumieniu prawa karnego. To samo też dotyczy pojęcia „osoba najbliższa".

[16] Niedopuszczenie do udziału w czynności stron wymienionych w art. 272 k.p.k., ponieważ w chwili przystąpienia do tej czynności organ prowadzący postępowanie przygotowawcze nie posiadał informacji wskazujących na to, że czynność tę należy traktować jako niepowtarzalną, nie zwalnia go z obowiązku niezwłocznego powtórzenia tej czynności i dopuszczenia do niej stron, jeśli w trakcie przeprowadzania tej czynności zorientował się, iż nie będzie można jej powtórzyć na rozprawie.

Ocena ta będzie miała charakter probabilistyczny. Organ prowadzący postępowanie przygotowawcze może oceniać jedynie prawdopodobieństwo możliwości powtórzenia czynności na rozprawie. Im większe zachodzi prawdopodobieństwo, że czynności tej nie da się powtórzyć na rozprawie, tym bardziej organ prowadzący postępowanie przygotowawcze zobowiązany jest do dopuszczenia stron do udziału w tej czynności. Wszelkie oceny *ex post* mijają się z celem. Można to wykazać na następującym przykładzie: organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, oceniając *ex ante* prawdopodobieństwo możliwości powtórnego przesłuchania świadka, zakwalifikował tę czynność jako przesłuchanie *in articulo mortis,* a więc czynność niepowtarzalną. Fakt, że świadek, składający te zeznania następnie wyzdrowiał i mógł złożyć (czy nawet złożył) zeznania przed sądem, nie oznacza, że czynność ta w chwili jej przeprowadzania (w postępowaniu przygotowawczym) została błędnie oceniona jako niepowtarzalna, a tym bardziej zdarzenie to nie stanowi argumentu przeciwko uznaniu podobnych rodzajowo czynności dowodowych za czynności niepowtarzalne. Decydujące znaczenie będą miały informacje, jakimi dysponował w tym czasie prowadzący postępowanie przygotowawcze. Znajomość przez strony pewnych faktów, które uzasadniały potraktowanie czynności jako niepowtarzalnej, jeśli strony nie poinformowały o tym organów ścigania, nie może uzasadniać zarzutu naruszenia przez te organy dyspozycji art. 272 k.p.k.

W swej ocenie możliwości późniejszego przeprowadzenia czynności na rozprawie prowadzący postępowanie przygotowawcze musi rozważyć, czy czynność da się powtórzyć bez zbędnego hamowania biegu postępowania jurysdykcyjnego. Nie będzie możliwe uznanie czynności za powtarzalną, jeżeli z góry wiadomo, że do powtórnego wykonania czynności niezbędne są warunki, które zostaną spełnione dopiero po upływie roku (chociażby w wypadku, gdy przeprowadzamy w zimie eksperyment nierozerwalnie związany z warunkami topograficznymi w tej porze roku). Argument, że jest to czynność powtarzalna, ponieważ można będzie ją powtórzyć w takich samych warunkach za rok [17], będzie nie do przyjęcia, jeżeli postępowanie przed sądem rozpoczyna się w miesiącach letnich. Prokurator nie powinien uznawać czynności za powtarzalną, jeśli to prowadziłoby do zahamowania postępowania rozpoznawczego. Podobna sytuacja zajdzie, gdy mamy do czynienia z przesłuchaniem świadka, który zamierza wyjechać za granicę na okres, w którym prawdopodobnie sprawa trafi do sądu. Na zakres więc oceny niepowtarzalności czynności rzutuje także prawdopodobny termin rozprawy głównej.

---

[17] J. Gurgul: *Wybrane aspekty eksperymentu kryminalistycznego*, „Problemy Kryminalistyki” 1976, 121—122, s. 299.

Generalne uprawnienie organu prowadzącego postępowanie przygotowawcze do władczego oceniania, czy czynność dowodowa spełnia wymóg niepowtarzalności, nie jest kwestionowane.[18]

Z kolei trzeba odpowiedzieć na pytanie, w jakim stosunku do art. 272 k.p.k. pozostają przepisy art. 299 § 1 pkt 2 i art. 344 § 1 k.p.k.? Czy zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego w trybie art. 299 § 1 pkt 2 lub 344 § 1 k.p.k. w celu przeprowadzenia dotychczas nie dokonanej czynności dowodowej nie nakłada na organ prowadzący to postępowanie obowiązku dopuszczenia do udziału w tej czynności osób wymienionych w art. 272 k.p.k.?

Na gruncie unormowań przyjętych w projekcie k.p.k. z r. 1966 pozytywna odpowiedź na powyższe pytanie nie budziła większych zastrzeżeń, ponieważ w projekcie tym, zarówno o uznaniu czynności za niepowtarzalną (art. 305 projektu), jak też i o zwrocie sprawy do postępowania przygotowawczego (art. 324 § 1 pkt 2 i art. 372 projektu) decydowało to samo kryterium niemożności dokonania czynności w postępowaniu przed sądem.

W obowiązującym k.p.k. sytuacja jest bardziej skomplikowana, ponieważ przepisem art. 272 k.p.k. objęte są czynności, których „nie będzie można powtórzyć na rozprawie", natomiast art. 299 § 1 pkt 2 i art. 344 § 1 k.p.k. dają podstawę do zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego w przypadku, gdy pojawią się „znaczne trudności" w dokonaniu czynności na rozprawie. Nawet jednak w obecnej redakcji zbieżność obu określeń wydaje się wyraźna. W zakres pojęcia „znaczne trudności w dokonaniu czynności" wchodzi wszakże niemożność jej dokonania.

Czynnością niepowtarzalną może więc być taka czynność, której nieprzeprowadzenie w postępowaniu przygotowawczym powoduje zwrot sprawy do tego postępowania, ponieważ dokonanie tej czynności na rozprawie może okazać się niemożliwe.

Niedokonanie czynności, która zdaniem sądu winna być przeprowadzona przez organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, może spowodować zwrot sprawy do tegoż postępowania. Zdaniem sądu, czynność ta może być nie do powtórzenia na rozprawie. Sąd, zwracając sprawę do postępowania przygotowawczego, może wtedy nakazać dopuszczenie osób uprawnionych dyspozycją art. 272 k.p.k. do wzięcia udziału w tej czynności. Fakt, że czynność ta do tej pory nie została przeprowadzona, wiąże decyzję sądu z oceną *ex ante*. Z art. 299 § 4 k.p.k. wynika, że taka decyzja sądu będzie wiążąca dla prowadzącego postępowanie przygotowawcze, ponieważ uprawnieniu sądu do wydania polecenia o zwrocie sprawy i wykonaniu przez organ prowadzący postępowanie przygotowawcze określo-

---

[18] Waltoś: *Istota i zakres uprawnień...*, s. 12.

nej czynności odpowiadać musi obowiązek wykonania tego polecenia przez ten organ.

Zwrot sprawy do postępowania przygotowawczego w celu przeprowadzenia nie dokonanej wcześniej czynności dowodowej [19] nadaje jej walor czynności niepowtarzalnej, jeżeli sąd w decyzji o zwrocie wypowie się co do konieczności dopuszczenia do udziału w tej czynności osób wymienionych w art. 272 k.p.k. lub stwierdzi, że jego zdaniem jest to czynność niemożliwa do powtórzenia na rozprawie. Zresztą samo sformułowanie nie jest tak istotne, wystarczy, aby z decyzji o zwrocie sprawy wynikało, że prowadzący postępowanie przygotowawcze ma przy dokonaniu tej czynności podporządkować się dyspozycji art. 272 k.p.k. „Niepowtarzalność" w ostatnio omawianym znaczeniu ma oczywiście odmienny charakter i można by ją określić jako niepowtarzalność normatywną.

Oprócz tych dwóch kryteriów „niepowtarzalności" największe znaczenie praktyczne będzie miała „niepowtarzalność dowodowa". Sam fakt możności (w sensie fizycznym) powtórzenia czynności na rozprawie nie będzie przesądzał jeszcze o tym, że organ prowadzący postępowanie przygotowawcze jest zwolniony z obowiązku dopuszczenia do tej czynności osób wymienionych w art. 272 k.p.k. Upływ czasu, jaki dzieli zazwyczaj czynność dokonywaną w postępowaniu przygotowawczym od powtórnego jej przeprowadzenia na rozprawie, może spowodować, że ta sama czynność przeprowadzona w terminie późniejszym nie będzie posiadała żadnych wartości poznawczych, a przez to i dowodowych.[20] Kontrolna między innymi funkcja rozprawy w stosunku do postępowania przygotowawczego nie będzie mogła być zrealizowana, gdy z tych samych źródeł dowodowych nie będzie można uzyskać porównywalnych środków dowodowych. Może to być związane bądź ze zmianami w dowodowych źródłach

[19] Jest to odmienna sytuacja od tej, gdy przeprowadzono w postępowaniu przygotowawczym czynność dowodową z naruszeniem uprawnień osób wymienionych w art. 272 k.p.k., i zachodzi pytanie, czy w trybie art. 299 § 1 pkt 2 k.p.k. można ten brak naprawić? Kwestia ta sprowadza się w zasadzie do pytania, czy jest możliwa w ogóle konwalidacja rzeczywista naruszenia dyspozycji art. 272 k.p.k. i wykracza znacznie poza ramy tego artykułu.

[20] M. Cieślak: *Polska procedura karna*, Warszawa 1971, s. 48, stoi na stanowisku, że upływ czasu nie stanowi samoistnego zdarzenia procesowego. Według tego autora, „[...] upływ czasu w procesie karnym interesuje nas nie pod kątem pozytywnych zaszłości, ale zawsze tam, gdzie nie nastąpiło coś, co — z tego czy innego punktu widzenia — miało nastąpić. Upływ czasu interesuje nas więc wyłącznie w związku z tzw. negatywnymi czynnościami procesowymi". Wydaje się jednak, że upływ czasu i następujące w nim zdarzenia, których wszakże nie można od niego oddzielić, wiążą się ściśle z pozytywnymi czynnościami procesowymi. Czynności procesowe, takie jak eksperyment czy oględziny, stają się czynnościami niepowtarzalnymi, ponieważ upływ czasu i nierozerwalnie z nim związane zmiany powodują, że są one niemożliwe do powtórzenia na rozprawie.

osobowych i rzeczowych, bądź też z charakterem pewnych źródeł dowodowych, z których zawsze otrzymujemy środki dowodowe nieporównywalne ze sobą. W pewnych przypadkach z góry wiadomo, że świadek chory na chorobę Korsakowa, cierpiący na postępujące porażenie mózgu, gwałtownie postępujący uwiąd starczy itp. choroby nie będzie wartościowym źródłem dowodowym nawet po upływie krótkiego czasu na skutek postępującej degradacji osobowości.[21] To samo dotyczy schorzeń powodujących pogorszenie się zmysłów osób występujących w procesie w charakterze świadków. Osłabienie wzroku, słuchu, zmysłu powonienia, świadków biorących udział w eksperymencie procesowym może z góry przekreślić wynik tej czynności w postępowaniu przed sądem, a przez to i zasadność jej przeprowadzania w tym stadium.[22] Czasami sam fakt przeprowadzenia czynności dowodowej może spowodować, że świadek pozostanie pod takim wpływem sugestii, iż z góry można przewidzieć, że powtórne przeprowadzenie czynności da taki sam wynik, przez co nie będzie mogło być uznane za miarodajne przy ocenie poprawności czynności dokonanej w postępowaniu przygotowawczym. Czynnością taką będzie na przykład okazanie w celu rozpoznania.[23]

Oprócz osobowych źródeł dowodowych także rzeczowe źródła dowodowe mogą ulegać takim deformacjom, że uzyskany z nich w czasie rozprawy środek dowodowy nie będzie porównywalny ze środkiem uzyskanym w trakcie postępowania przygotowawczego.

W przypadku gdy mamy do czynienia z oględzinami miejsca zdarzenia, eksperymentem, który związany jest ściśle z topografią miejsca zdarzenia, oględzinami ciała, sekcją zwłok, upływ czasu tak deformuje źródło dowodowe, że traci ono cechy źródła dowodowego i mimo, iż przeprowadzenie tych czynności będzie faktycznie możliwe na rozprawie, to jednak nie będzie miało większego sensu. Powtórne przeprowadzenie takiej czynności nie tylko nie doprowadzi do uzyskania nowych informacji, ale najczęściej pozwoli na uzyskanie informacji znacznie uboższych niż uzyskane podczas tej samej czynności w postępowaniu przygotowawczym. Jeśli przeprowadzenie danej czynności przed sądem da wynik mniej wartościowy niż wcześniejsze jej przeprowadzenie w postępowaniu przygotowawczym, znaczy to, że dana czynność należy do kategorii czynności niepowtarzalnych.

W tych więc przypadkach o powtórnej możliwości przeprowadzenia

---

[21] Por. W a l t o ś: *Istota i zakres uprawnień...*, s. 12.

[22] Chodzi oczywiście o eksperymenty mające na celu sprawdzenie, czy świadek mógł widzieć, słyszeć itp. przebieg zdarzenia interesującego organy ścigania.

[23] Szerzej por. A. T a r a c h a: *Okazanie w celu rozpoznania, wybrane zagadnienia procesowe i kryminalistyczne*, „Problemy Praworządności" 1979, nr 10, s. 6 i n.

czynności dowodowej na rozprawie rozstrzygać będą zasady taktyki i wypracowana praktyka kryminalistyczna, określająca optymalne warunki czasu, miejsca i sposobu dokonania czynności. Niemożność dotrzymania tych wymogów podczas rozprawy należy uznać za warunek wystarczający do uznania czynności za niepowtarzalną.

Niektóre z czynności dowodowych, np. przeszukanie [24], pobranie krwi do badań, mimo że ich niepowtarzalność ma także „charakter dowodowy" w istocie, zbliżone są do grupy czynności, których nie można w ogóle powtórzyć na rozprawie. Chodzi o to, że źródło dowodowe posiada właściwości istotne dla toczącego się procesu tylko i wyłącznie w chwili dokonywania czynności. Powtórnie dokonane przeszukanie nie daje żadnych podstaw do oceny poprzednio dokonanego przeszukania, wyniki tych czynności nie pozostają w żadnym związku mogącym służyć za podstawę oceny prawidłowości czynności dokonanej wcześniej. Co więcej, niemożność powtórnego dokonania tej czynności nie wynika, jak przy czynnościach, których niepowtarzalność ma dowodowy charakter, z zasad taktyki kryminalistycznej. Wręcz przeciwnie, F. Meixner [25] zaleca stosowanie chwytu taktycznego polegającego na powtarzaniu przeszukania w pewnym czasie po pierwszym przeszukaniu, jeżeli nie dało ono pozytywnych wyników, ponieważ istnieje możliwość, że przestępca będzie chciał zmienić miejsce ukrycia przedmiotów stanowiących dowód przestępstwa, przez co może się sam zdemaskować.

Wśród przyczyn powodujących uznanie konkretnej czynności za niepowtarzalną można więc wyróżnić następujące sytuacje: 1) czynności nie będzie można w ogóle faktycznie powtórzyć na rozprawie; 2) czynność jest „normatywnie" niepowtarzalna na rozprawie; 3) czynność jest „dowodowo" niepowtarzalna na rozprawie. Jeżeli czynność będzie odpowiadała jakiemukolwiek z tych kryteriów, należy uznać ją za niepowtarzalną w rozumieniu art. 272 k.p.k.

Wydaje się, że status czynności śledczo-dochodzeniowej, przewidzianej w art. 272 k.p.k., powinny także posiadać te czynności, które co prawda nie są ściśle biorąc czynnościami niepowtarzalnymi w rozumieniu tego przepisu, ale nie są także faktycznie powtórnie przeprowadzane na rozprawie. W przypadku bowiem czynności antycypujących nie chodzi o abstrakcyjnie pojmowaną niemożność powtórzenia czynności na rozprawie. Dopuszczenie podejrzanego i jego obrońcy do udziału w czynnościach niepowtarzalnych jest istotną gwarancją procesową. Istnienie czynności, któ-

---

[24] Należy zgodzić się z poglądem Waltosia (*Istota i zakres uprawnień...*, s. 17), że przeszukanie nie będzie objęte działaniem przepisu art. 272 k.p.k., ponieważ dopuszczenie osób do udziału w tej czynności regulowane jest odrębnymi przepisami.

[25] F Meixner: *Kriminaltaktik, Teil I*, Hamburg 1954, s. 218.

re faktycznie nie są powtarzane w postępowaniu jurysdykcyjnym (do takich należy między innymi eksperyment) stwarza możliwość nadania im takiego statusu, jaki mają czynności *stricte* niepowtarzalne i taki dezyderat wydaje się funkcjonalnie uzasadniony.

РЕЗЮМЕ

Новеллизация уголовно-процессуального кодекса, проведенная в Польше в 1969 г., значительно расширила контрадикторность подготовительного производства. Одной из норм, задачей которой является увеличение контрадикторности этого производства, есть ст. 272. Она наделяет обе процессуальные стороны правом на участие в так называемых неповторимых действиях в подготовительном производстве.

Ввиду того, что уголовно-процессуальный кодекс не называет тех действий, которые следовало бы признать неповторимыми, а в ст. 272 говорится лишь о следственных действиях или действиях дознания, которые на судебном заседании повторить нельзя, мы считаем необходимым точное определение понятия „неповторимые действия".

Автор анализирует объем понятия „следственные действия или действия дознания" в понимании ст. 272 УПК ПНР. Кроме следственных доказательственных действий и действия дознания, производимых в публично-исковом производстве (в обыкновенном и упрощенном порядке, в расследовании небходимого объема и в подготовительном производстве, которое проводится в результате принятия дела по частному обвинению прокурором) к этим действиям относятся также действия Гражданской милиции в частно-исковом производстве (ст. 435 § 1 и 2 УПК ПНР). В то же время не относятся к ним все действия, проведенные в допроцессуальном порядке (операционные действия, проверочные действия), хотя эти действия позднее повторены быть не могут.

„Неповторимость" действия рассматривается в трех аспектах: 1) когда действия нельзя повторить во время судебного заседания; 2) когда действие неповторимо „нормативно"; 3) когда действие неповторимо „доказательственно" во время судебного разбирательства.

На нескольких примерах показано влияние криминалистической практики на отнесение конкретного доказательственного действия к категории неповторимых действий.

Автор занимает точку зрения о необходимости широкой интерпретации понятия „неповторимое действие", предлагает при этом, чтобы статут следственно-дознавательного действия, предусмотренного ст. 272 УПК, следует признать так же тем действиям, которые, правда, не являются неповторимыми действиями в точном понимании этого положения, но они не проводятся также и в судебном разбирательстве. По мнению автора, такое решение будет способствовать расширению правомочий сторон в подготовительном производстве.

SUMMARY

The new Polish Criminal Procedure Code (CPC) of 1969 has considerably widened the adversary model of preliminary proceedings. Among others article 272 CPC grants to both parties the right to participate in the so-called "unrepeatable evidential acts" of preliminary proceedings.

Since the CPC does not directly specify the proceedings to be regarded as „unrepeatable" and article 272 speaks only generally about the actions of investigation and inquiry which cannot be repeated during the trial, it seems useful to precisely determine the range of "unrepeatable proceeding".

Firstly, the author analyses the meaning of "action of investigation and inquiry" as specified in article 272 CPC and comes to the conclusion that it does not include all the activities performed in the pre-trial procedure, like those carried out before the formal commencement of criminal proceedings, although actually these activities may be unrepeatable at a later date.

The "unrepeatable" character of the evidential acts is discussed in its three aspects: 1) when an act actually cannot be repeated during the trial; 2) when an act is unrepeatable in the legal sense; 3) when an act is unrepeatable because if repeated it does not produce valuable evidence.

The several discussed examples illustrate how criminalistic tactics prejude the "unrepeatable character" of some evidential acts.

The author argues for a wide interpretation of the concept of "unrepeatable evidential acts" as he shares the opinion that such an interpretation may contribute to the widening of the rights of the parties in the preliminary proceedings.